17

OBSERVATIONES
DE
FRVCTV ET EFFECTV NEGOTII INVTILIS NVLLIVS ET IMPERFECTI

AD L. XXXIIII. PR. D. DE LEGAT. I.

QVAS

PRAESIDE

CHRISTOPH. LVDOV. CRELLIO ICto
POTENTISSIMI REGIS POL. ET PR. ELECT. SAXON
CONSILIARIO AVLICO DIGEST. VET. P. P. ORDINARIO
CVRIAE PROVINCIALIS ET SCABINATVS
ITEMQVE ORDINIS IVRIDICI
ASSESSORE

AD DIEM XI. IVLII

A. Q. S. P. EST cIↃ IↃcc L

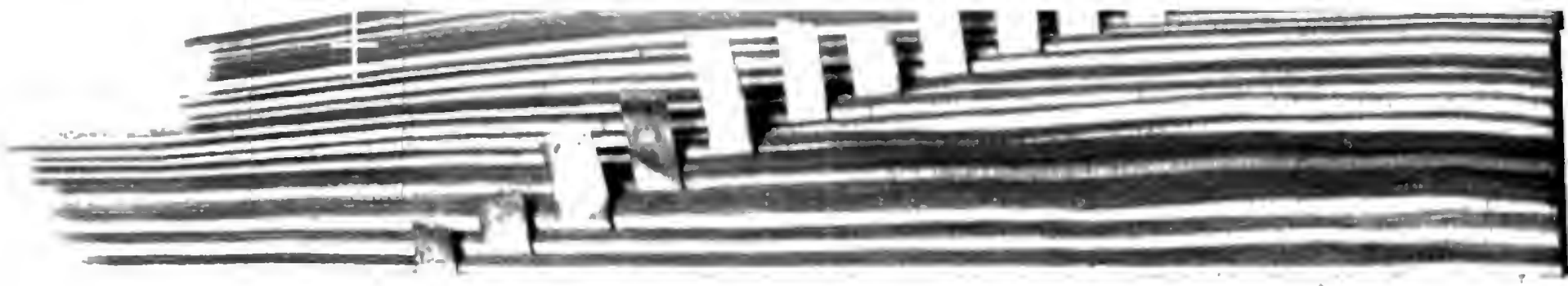
IN AVDITORIO ICTORVM

DEFENDET

IO. CAROLVS CHRISTIANVS REDSLOBIVS
IVTREBOCA SAXO

VITEMBERGAE
EX OFFICINA SCHEFFLERIANA

Digitized by Google



Digitized by Google

L. XXXIIII. Pr. D. de Legat. I.

VLPIANVS LIB. XXI. AD SABINVM.

Plane, ubi transferre uoluit legatum in nouissimum, priori NON DEBEBITVR; *tametsi nouissimus talis sit, in cuius persona legatum* NON CONSTITIT.

I

ODIVM NVLLITATIS

PAVOR IMBECILLITATIS

Ita quidem a natura facti et procreati sumus, ut animus hominis, nisi suffocatus et oppressus, diu torpere et quiescere non posse uideatur; sed semper MOLIATVR aliquid et efficere studeat, ex quo SPEM aliquam VTILITATIS FVTVRAE concipiat, et fructum quendam uel ipse capiat, uel ad posteros transmittat. Hoc consilio senex ille, apud STATIVM in *Synephebis*, [a] cum otiari omnino non posset, in

[a] Cic. de Senect. cap. 7.

extrema aetate, ſerebat arbores ſeculo futuro et poſteritati profuturas, quamuis intelligeret, fructum illarum ad ſe non peruenturum eſſe. Ipſa etiam diuina et perfectiſſima natura, ſine ullo ſuo incommodo, ſemper aliquid efficit et procurat, nunquam NIHIL agit, [a] ſed, quae procreata ſunt, fouet, recreat, exornat et confirmat, ut perdurare et FRVCTVM oſtendere et ſpem utilitatis communis PROVENTV ſuo augere et amplificare poſſint. Illud ſtudium efficiendi aliquid, quod fructu non careat, per totam naturam, quae uiuit et ſpiritum ducit, ſparſum eſt, ut, niſi aliquid egerint, animalia ne uiuere quidem iudicentur. Vrſi etiam lambunt catulos et auiculae foetus ſuos infirmos et debiles, cibis ore collatis et inter illos diuiſis, nutriunt, algentes fouent, in diſcrimen adductos anxie et cum ſtrepitu ac ſummo ſuo periculo defendunt, NE FRVSTRA LABORAVERINT, neue NIHIL EGISSE cenſeantur. [b] Generaliter, quod M. TVLLIVS [c] docet, BESTIARVM IN PORTV et educatione LABOREM cum cernimus, NATVRAE IPSIVS VOCEM uidemur audire, cum ipſa natura nos admoneat, ne illud, quod coepimus, IRRITVM ESSE et FRVCTV CARERE patiamur. Ex hoc fonte deriuata eſt illa CASSII ICti et iudicis omnium opinione ſapientiſſimi iuſtiſſimique formula, qua in omnibus iudiciis utebatur, cum ſaepius interrogaret partes litigantes, CVI BONO fuerit; quaſi homo ſanus nihil moliri poſſit ſine SPE FRVCTVS et uel SVAE, uel COMMVNIS etiam VTILITATIS. [d]

OMNES igitur laboramus, non ſolum ut efficiamus aliquid, ſed etiam ne NVLLVM et IRRITVM ſit, quod effecimus, neue res FRVCTV illo careat, cuius ſpe et expectatione ad laborem acceſſimus. Hoc IVLIANVS et VLPIANVS intellexerunt, qui, etiam a ICto, ſemper in ambiguo ita interpretationem faciendam eſſe, aiunt, VT RES POTIVS VALEAT, QVAM PEREAT, neue NVLLA atque IRRITA dicatur, illamque ſententiam in du-

a Cic. I. de Natura Deor. 36.
b Quinctil. Inſt. Orat. Lib. II. cap. 1.
c Cic. III. de Finib. 19.
d Cic. pro S Roſc. Amer. Cap. 30. 31. pro T. Ann. Mil. cap. 12. et in Orat. Philippica II. c. 14.

Digitized by Google

dubio eligendam esse, quae APTIOR REI GERENDAE atque ad SVSTINENDVM NEGOTIVM accommodatior esse uideatur. *l. 67. D. de Reg. Iur. et l. 80. D. de Verb. Oblig.* LABORAMVS igitur, ne quisquam facile, qui negotium contraxit, NIHIL EGISSE, neue operam omnino perdidisse, censeatur. Hoc est, quod ueteres dicebant, nullitates in iure esse odiosas, cum scirent abhorrere iudices ab illa sententia, qua negotium susceptum omnino IRRITVM et NVLLVM declaretur, illosque potius operam dare, ne res, bona fide gesta, careat fructu et prospero euentu. Omnes certe, si eundem VLPIANVM audias, qui negotia contrahunt, SERIO EGISSE, quod egerunt, et illius rei, quam attigerunt, FRVCTVM aliquem habere uoluisse iudicantur. *l. 31. §. 20. D. de Aedil. edict.* Quae cum ita sint, non solum ignoscimus NOTARIIS, sed ipsos etiam laudamus, si, quamuis non admoniti, instrumentis contractuum clausulas adiiciant, quibus negotium susceptum confirmetur; cum, ex COMMVNI OMNIVM HOMINVM VOTO, cauere debeant, ne res coram ipsis gesta INVTILIS sit, et NVLLA aut IRRITA dicatur, *arg. d. l. 31. §. 20. D. de Aedilit. Edict.*

ACCEPISTI, ex quibus cauſſis odiosae sint nullitates Magistris diuinae artis nostrae, et cur iudices operam dare soleant, ne res inter partes gesta et contracta prorsus infructuosa sit, et euentu destituatur; quandoquidem IRRITA illa et INVTILIA NEGOTIA propemodum ipsa hominum natura auersatur Sed ex hoc quidem ODIO NVLLITATIS non difficile iudicabitur, cur, e contrario, negotiis INFIRMIS atque MANCIS et IMPERFECTIS FAVEAMVS potius, NE PRORSVS CORRVANT et INFIRMENTVR. Eleganter PAVLVS noster obseruauit, publice damnosum esse, si negotia bona fide gesta facile impugnentur atque rescindantur, cum FIDES COMMERCIORVM corrumpatur, et multi deterreantur, ne nobiscum contrahant, si praeuideant tam facile infirmari negotia, quorum fide et uirtute omnis conuictus et societas hominum communis continetur. *l. 12. §. 1. D. de Administr. et pericul. tutor.*

IGITVR ſuſtinemus etiam imperfecta negotia, ipſisque, ſi fieri hoc ulla ratione poſſit, FRVCTVM quendam et EFFECTVM tribuimus, ne partes contrahentes nequicquam ſtudium et operam conſumſiſſe et perdidiſſe iudicentur. Ex hac cauſſa LEO et ANTHEMIVS militiam illam togatam ADVOCATORVM in tanto pretio habendam eſſe cenſuerunt, cum hi quidem, defenſionis ſuae uirtute, LAPSA erigant, FATIGATA reparent, et laborantium SPEM, uitam et poſteros defendant *l. 14. C. de Aduocat. diuerſor. iudicior.* Haec eſt fragilitatis humanae miſeratio, quam PLINIVS[a] cuiusque honeſtiſſimi uiri animum ſubire ait, ut faciles et proni ſimus ad opitulandum, ſi quid INFIRMITATE ſua collabi et corrumpi uideamus. Haec eſt memoria illa humanae conditionis, quam MODESTINVS commendauit, et, qua impulſi, facile ignoſcimus IMBECILLITATI aliorum, illamque, ſi res ferat, corrigimus aut confirmamus *l. 27. pr. D. de Conditionibus Inſtitut.* Enim uero recte PAVLLVS noſter, quem ſaepius laudaui, illud legatum, quod ad alimenta aetatis INFIRMAE relictum ſit, AD HONOREM ciuitatis pertinere docet; cum haec Magiſtratuum et ciuitatum praecipua cura eſſe debeat, ut DEBILIBVS et INFIRMIS ſuccurrant. *l. 122. pr. D. de Legat. I.*

TANTVM igitur eſt ODIVM NVLLITATIS, tantus IMBECILLITATIS FAVOR, ut negotia etiam DEBILIA et IMPERFECTA ſuſtineamus, et omnes boni ad opem ferendam conuolent, ſi quis IMBECILLITATE lapſus et deceptus eſſe uideatur. In hac re obtemperandum eſt VOCI NATVRAE:

O maior tandem parcas, inſane, minori.[b]

Videmus etiam animalia et beſtias foetibus infirmis parcere, ne pereant, donec egredi et circumuolare et libero tandem coelo ſuaeque fiduciae permitti poſſint.[c] Inuitamur certe et accendimur occulto quodam ſtimulo naturae ad ferendam opem, ſi quid infirmitate ſua corruat; cum illa FRACTA et INFIR-

a Plin. III. Epiſt. 7.
b Horat. II. Serm. 3 uerſ. 325.
c Quinctil. Inſtit. Orat. Lib. II. cap. 7.

FIRMA magis omnino opis alienae indigeant, quam quae per se ualida sunt et perfecta et ipso uigore uirium satis sustinentur. Etiam Barbari misericordiae quodam sensu attinguntur, si uideant, in ipso feruore uictoriae, neque INFIRMIS parci, neque mulieribus, neque INFANTIBVS, neque aetate et senio confectis, quod IVLIVS CAESAR obseruauit.[a] Omnes enim boni honorificentius esse credunt peperciſſe, cum perdere potuisses, quam perdere, cum parcere omnino potuisses.[b] Saepius igitur uidemus accidere, ut quibusdam non minus prosint sua CALAMITAS et res afflictae, quibus omnes boni opem ferre studeant, quam aliis prosperi successus, quos plerumque odium et inuidia sequitur. Optime M. TVLLIVS illos, qui INFIRMITATE aliqua lapsi sunt, non tam animaduersione et ultione quadam dignos, quam uel MISERANDOS esse potius, uel IRRIDENDOS, iudicauit.[c] Nimirum multae nos caussae impellunt, ut infirmitati facile parcamus. Ipsa recordatio tot offensionum et errorum, quibus quilibet bonus interdum lapsus est, nos docet, ut in aliis feramus, quod in nobis olim ferri ac tolerari uoluimus: ipsa etiam MISERATIO blandius, quam ira et indignatio, nos afficit: multi, quia se propius ad perfectionem accedere existimant, sibi plaudunt atque gratulantur et sensu quodam tacitae uoluptatis emolliti infirmioribus ignoscunt: denique, cum infirma ac IMPERFECTA negotia, si M. TVLLIO credimus,[d] plerumque CONATVM rei maioris contineant, et spem futuri temporis ostendant, etiam INFIRMA et sublapsa potius subleuanda quam destruenda esse iudicamus. Humanissime APOLLINARIS SVLPICIVS apud Gellium[e] adolescentem quendam, qui sermonem eruditorum hominum de Catone interpellauerat et sua immiscuerat, LAVDAVIT, quod auditiuncula quadam de Catonis familia adspersus fuerit, quamuis ignoraret caput eius controuersiae, quam illi agitabant.

IGNO-

a Iul. Caesar. VII de Bell. Gall. 28.
b Cic. pro Quint c. 16.
c Cic. I de Orat. c 37.
d Cic. in Orat. cap 29. in fin.
e Gellius XIII. Noct. Attic. 19.

IGNOSCIMVS igitur infirmitati aliorum, et interdum CVM VOLVPTATE in illam intuemur. Enim uero FABIVS QVINCTILIANVS[a] ad officium oratoris pertinere ait, ut interdum COMMENDET INFIRMITATEM illius, quem defendit. In INFANTIBVS certe hoc maxime AMABILE cenſetur, ſi, annis adhuc innocentibus, DIMIDIATA uerba tentant; cum uoces eorum, ipſo offenſantis linguae fragmine, DVLCIVS aures afficiant, et iucundiores eſſe cenſeantur.[b] Hinc profectum eſt illud apud ueteres:

Heu miſerande puer - - [c]

et

- - - miſerabilis infans.[d]

qua appellatione affectum, quo ipſa infirmitas nos trahit, prodiderunt. Ex eo fonte profluxerunt lacrymae illae, quibus parentes ſubinde infantes DVLCISSIMOS,[e] INNOCENTISSIMOS,[f] MELLITISSIMOS,[g] INCOMPARABILES,[h] et ſi qua ſpes maior emicuiſſet, pueros SAPIENTES,[i] et SVPER AETATEM NOBILISSIMO INGENIO PRAEDITOS,[k] SIMILES DEO,[l] NON SINE DIS ANIMOSOS[m] defleuerunt, quod antiqua marmora teſtantur. Neque alia ratione motus eſt PAVLLVS, ut RVSTICITATI quorundam parcendum eſſe iudicaret. *l. 2. §. 1. D. ſi in ius uocat. non ier.* cum et haec prodat uel infirmitatem animi, uel conſuetudinis uitium, quod interdum culpa uacat.

Ex-

a Quinctil. Inſtit. Orat. Lib. IIII. c. 1.
b Minuc. Felix in Octauiano cap. 2.
c Virgil. VI. Aeneid. uerſ. 882. et X. Aeneid. uerſ. 825.
d Ouid. Epiſt. 7 uerſ. 135.
e Gruter. Op. Inſcr. Tom. I. p. 704. n. 8. p. 535. n. 4. p. 629. n. 7. p. 681. n. 2. p. 710. n. 3.
f Id. Tom. I. p. 671. n. 13.
g Id. Tom. I. p. 675. n. 13.
h Id. Tom. I p. 682. n. 9.
i Id. Tom. II. p. 1057. n. 2. p. 1055. n. 4.
k Id. Tom. II. p. 1037. n. 7.
l Id. Tom. I. p. 717. n. 11.
m Horat. III. Carm. 4. uerſ. 20.

Digitized by Google

EXTREMO, ne quid omittam, ipſa natura, quae in minimis maxima eſt, quaedam animalia et opera debilia et infirma edidit, non, ut contemnantur et opprimantur, neque ut prorſus INVTILIA et INFRVCTVOSA ſint, ſed ut ipſa foueantur et, quamuis imperfecta ſint, tamen aliquando proſint et pariant aliquam utilitatem

II

NVLLVM ET IMPERFECTVM DVPLICI SENSV ACCIPITVR. QVAE PLENVM AFFECTVM VOLVNTATIS NON HABENT PRORSVS NVLLA SVNT ET INFRVCTVOSA. NEQVE TAMEN RES NVLLA ESSE PRAESVMITVR

Satis, credo, comprobauimus, odioſas eſſe nullitates, quas dicunt, et, ſi qua fieri hoc poſſit, negotia etiam IMPERFECTA et INFIRMA ſuſtineri. Neque tamen hoc perpetuum eſt. Igitur, ne quis labatur, expediamus, QVO SENSV quaedam NVLLA et IMPERFECTA appellentur. Generaliter enim, quae uel uim nullam habent, uel poſtea illam perdunt, NVLLA, IRRITA, NON RATA, CADVCA, INVTILIA dicuntur, quod BARNABAS BRISSONIVS notauit. [a] Sed apparet, haec eſſe diuerſi generis: quaedam enim NVLLA et IMPERFECTA ſunt, quia, quod DECIVS Imperator ait, PLENVM ANIMI AFFECTVM NON HABENT. *l. 3. C. de acquir. et retin. poſſ.* Hoc eſt, quae magis coepta ſunt, quam expedita, et quae conatum et umbram rei, quod M. TVLLIVS notat, [b] magis, quam rem ipſam, continent, ut nondum conſtet de SERIA VOLVNTATE illorum, qui negotium gerendum ſuſceperunt; quaedam, contra, ſeria quidem uoluntate geſta ſunt, ſed ita tamen, ut FRVCTVS PLENVS NEGOTII IMPEDIMENTO QVODAM INTERCIPIATVR.

a Briſſon. de Formulis Lib. 1. n. 167.
b Cic. in Orat. cap. 29. in fin.

Sed illa quidem, de quibus primo loco diximus, QVOD PLENVM ANIMI AFFECTVM NON CONTINEANT, etiam INFIRMA et NVGATORIA dicuntur. [a] Tractauerunt eiusmodi speciem SERVIVS et VARVS et LABEO et IAVOLENVS. *l. 25. D. qui testam. fac. poss.* Disputant enim de testatore, qui, cum testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, PRIVS QVAM SECVNDOS EXPRIMERET HEREDES, OBMVTVISSET: sed SERVIVS et LABEO responderunt, COEPISSE illum magis testamentum facere, quam feciſſe, ideoque illud nullum, nec heredes primos omnino heredes futuros, dummodo constaret, testatorem plures heredes pronunciare uoluiſſe. Habes testamentum, in quo incertum est, ad quos uelit testator HEREDITATEM TOTAM peruenire. Illa enim demum ultima uoluntas plena appellatur, ex qua apparet,

- - - QVID PRIMA SECVNDO
CERA VELIT VERSV, SOLVS, MVLTIS NE COHERES. [b]

Igitur, si plures nuncupare uoluit testator, non uidetur plene significaſſe, ad quem uelit uniuersitatem rerum suarum transferri. Quamuis enim intelligatur, quod partem aliquam hereditatis ad heredes primos pertinere uoluerit, tamen quotam partem hereditatis testator heredibus primis destinauerit, hariolari nemo potest, nisi omnibus coheredibus a testatore nominatis. Huic non dissimile est illud, quod IVSTINIANVS habet, cum testator uellet quidem testamentum facere, sed morbi acerbitate ita affectus esset, ut neque scribere posset neque articulate eloqui nomina heredum: hunc enim magis PRO MORTVO HABENDVM esse censuit IVSTINIANVS *l. 29. C. de testam. et quemad*

ITAQVE intelligis, si de plena uoluntate agentis non constiterit, actum OMNINO NVLLVM et IMPERFECTVM esse, ut sanari penitus aut interpretatione sustineri nequeat, ideoque INFRVCTVOSVM ESSE, quicquid molitus fuerit testator. Sed oppor-

[a] Cic. pro A. Caecina cap. 23.
[b] Horat. II. Serm. 5. uers. 53. 54.

opportune addit LABEO, tunc hoc uerum esse, SI CONSTET, plures eum heredes nuncupare uoluisse *d. l. 25. D. qui testam. fac. poss.* ex quo loco cognoscimus, non facile PRAESVMI negotium omnino nullum, sed CONSTARE debere, quod uoluntas non fuerit perfecta. VLPIANVS enim auctor est, etiam tribus uel quinque uerbis; LVCIVS HERES ESTO, fieri testamentum posse, si nullo probabili indicio prodatur, plura adiicere uoluisse testatorem. *l. 1. §. 3. D. de Hered. Inst.* At uero magis generaliter IVLIANVS et MARCELLVS in ambiguo illam interpretationem praeferunt, per quam uoluntas obscura sustinetur. *l. 12. et 24. D. de Reb. dub.* Et si res aliter extricari non possit, PAVLLVS, ex consuetudine testatoris et regionis coniectura probabili eruendum esse, ait, de quo senserit testator. *l. 18. §. 3. D. de Instruct. uel. instrum. legato.*

QVAE cum ita sint, apparet, in ambiguo quidem PLENAM, non IMPERFECTAM, uideri testatoris uoluntatem; sed, si plane intelligi nequeat, omnino NVLLAM et INFRVCTVOSAM esse. Hinc TRAIANVS rescripsit STATILIO SEVERO, quod etiam in TESTAMENTO MILITIS utique constare debeat, testatorem, conuocatis hominibus, facere omnino uoluisse testamentum, cum ipsorum testatorum interfit, ne illa, quae OBITER dicta sunt, temere pro testamento militis accipiantur, et uera illorum iudicia iocoso forte sermone, qui ipsis aliquando exciderit, subuertantur. §. *1. Inst. de Testam. milit.* Eandem rationem etiam VLPIANVS secutus est, qui, duobus testamentis conditis, prius ualere ait, si posterius non sit perfectum *l. 2. D. de Iniusto rupt.* cum IMPERFECTA uoluntas posterior ne quidem sufficiat ad prius testamentum reuocandum

VIDES igitur, ne in testamentis quidem, quorum maximus fauor est, imo uero, ne in testamento militis quidem, quod multis priuilegiis sustinetur, ratum esse, quod testator dixit, nisi constet de uera testatoris uoluntate, idque constitutum esse, ne falsa et iocosa iudicia pro ueris temere accipiantur. Sed his quidem talibus nulla afferri medicina potest, ideoque ea prorsus infructuosa sunt, et quasi nunquam facta

pro nullis et irritis habentur. Vnum tamen admonendum eſt, in teſtamentis non praeſumi illam nullitatem, neque probabile eſſe, quod teſtator in tanto ſolennitatis apparatu NIHIL AGERE uoluerit et in ipſo mortis articulo nugari. Hinc IMPOSSIBILEM etiam CONDITIONEM, ſub qua heres inſtitutus eſt, PRO NON ADIECTA potius habemus, et inſtitutionem quaſi puram accipimus, ne teſtator nugatus eſſe iudicetur. *l. 1. 6. et 20. D de Condit. Inſtit.* Contra, ut diximus, ſi manifeſtum ſit, actum ſuiſſe NVGATORIVM et imperfectum, aut contraria et inter ſe pugnantia continere, nihil actum iudicamus. Igitur negotiis inter uiuos, iisque minus ſolennibus, in quibus facilius iocum admittimus, NIHIL omnino ACTVM dicitur, et tota res inutilis uidetur, ſi IMPOSSIBILIA aut inter ſe pugnantia negotio contineantur, quod MAECIANVS obſeruauit *l. 31. D. de Oblig. de action.*

III

NEGOTIVM IMPERFECTVM QVOD PLENAM VOLVNTATEM CONTINET SI LEGE PROHIBENTE SVSCEPTVM SIT AVT PER IVRIS IGNORANTIAM CORRVPTVM ALLEGANTI NON PRODEST INTERDVM TAMEN TERTIO.

HAEC NEGOTIA NONNVNQVAM CONTRA VOLVNTATEM AVCTORIS INTERPRETAMVR.

Expoſuimus de uoluntate imperfecta, quae non plenum affectum habet, adeoque irrita eſt et nugatoria, et fructu caret. Sed haut paulo ſecius de illis iudicandum eſt, in quibus APPARET quidem, de QVO illi, qui negotium contraxerunt, SENSERINT, alio autem impedimento infirmantur, ut plenum omnino fructum non habeant, neque reſpondeant illius, qui negotium ſuſcepit, uoluntati. Haec talia enim uel propter LEGIS PROHIBI-

HIBITIONEM non ſubſiſtunt, et TVRPITVDINEM aliquam continent, aut certe iuris ignorantiam produnt, quae et ipſa turpis eſt, uel alio defectu et uitio debilitantur. Prius igitur de his uideamus, quae TVRPITVDINEM aliquam continent, et uel lege prohibente facta ſunt, uel IVRIS IGNORANTIAM et contemtum indicant. Sed diſputatione uix indiget, quae TVRPITER geſta ſint, auctori ſuo non prodeſſe, neque credendum eſſe illi, qui propriam turpitudinem alleget. Hoc enim LABEO, PAVLLVS, MARCELLVS atque VLPIANVS tradiderunt. *l. 2. et 4. D. de Condict. ob turp. cauſſ.* Sed luculentius Imperatores THEODOSIVS et VALENT. omnia, quae LEGE PROHIBENTE contracta ſint, non ſolum INVTILIA, ſed etiam PRO INFECTIS HABENDA ESSE, praeceperunt, quamuis ipſi legi prohibenti non adiecta ſit poena nullitatis. *l. 5. C. de Legib.* Haec igitur auctori ſuo non proſunt, neque ullum fructum, neque actionem pariunt, ſed, quantum ad auctorem turpis negotiii attinet, PRO INFECTIS penitus accipiuntur. Ante aliquot annos ex uicina quadam Academia ICtis Vitembergenſibus oblata eſt eiusmodi ſpecies, in qua caupo, contra Statuti prohibitionem, hoſpiti et conuictori ſuo ultra menſis ſpatium fidem habuerat de pretio pro alimentis menſtruis promiſſo. Conſtitutum enim erat, ne adoleſcenti Studioſo pretium alimentorum et conuictus ultra menſem crederetur. Caupo, qui per integrum annum alimenta dederat, pretio non exacto, anni integri pretium poſtulabat. Reus excipiebat, ſe NVLLITER, hoc eſt, nequicquam epulatum eſſe, cum LEGE PROHIBENTE ſibi fides habita fuerit a caupone Actor inuocabat Deorum et hominum fidem, ſeque ex penore conſumto ſatis intelligere clamitabat, quod non NVLLITER, ſed VERE et LAVTE epulatus ſit conuictor ſuus. Nos autem actorem ab actione repulimus, quia fidem habuerat hoſpiti contra legem prohibentem, et quia infectum uidebatur illud negotium, quod propriam turpitudinem actoris contineret, ideoque ipſi in iudicio prodeſſe non poſſet. Ita reus opimam praedam, decem menſium alimenta gratis, nullo pretio exſoluto, abſtulit.

NIHIL igitur AGIT, qui CONTRA LEGEM PROHIBENTEM aliquid negotii molitur; ſed hactenus duntaxat, ut ipſi auctori non profit, quod geſtum eſt; cum ex aduerſo CONTRA IPSVM turpitudo eius efficaciter omnino allegetur, et ipſe etiam de damno ſarciendo teneatur. Hoc enim iure utimur in omnibus delictis, et luculenter illud docent PAVLLVS, IVLIANVS atque VLPIANVS. *l. 1. et 2. D. de Condict. ob turp. cauſſ.* Elegantiſſime hoc CASSIVS et PAVLLVS obſeruarunt. Si quis enim DOLO renunciauerit ſocietati, hic quidem ſocium a ſe, non uero ſe a ſocio, liberabit, ſed communicare lucrum cum ſocio debebit, lucro autem, quod ſocius poſtea acquiſiuerit, carebit. *l. 65. §. 3. D. pro Socio.* Hic igitur doloſam renunciationem allegare non poterit, ſi ſocius lucrum commune petierit, ſed contra ipſum ſocius efficaciter excipiet de renunciatione facta, ſi ipſe lucrum poſtulauerit, quod ſocio poſtea obuenit. Non multum uero ab his recedunt, quae per ignorantiam IVRIS et neglectis ſubſtantialibus partibus a lege praeſcriptis etiam temere ſuſcepta ſunt. Haec enim ipſa etiam TVRPITVDINE NON CARENT. PAVLLVS certe IVS IGNORARE NON PERMITTIT. *l. 1. D. de iur. et fact. ignor.* et PAPINIANVS, IGNAVIAM ſuam praetexentes non audiendos eſſe, ait, *l. 78. §. 2. D. de Leg. II.* et IVSTINIANVS, DESIDES HOMINES AC IVRIS CONTEMTORES ODIOSA EXCEPTIONE REMOVENDOS ESSE, affirmat. *l. 3. in fin. C. de Annal. Except.*

IMO uero, etiam CONTRA VOLVNTATEM contrahentis, qui per iuris ignorantiam ſolennia neglexit et lapſus eſt, aut TVRPITER quid fecit, negotium interpretamur. Eo pertinet, quod, ſi quis, per nouationem, illud. quod alius debebat, ſine tutoris auctoritate a pupillo ſtipulatus ſit, REM AMITTAT, cum poſterior nouatio, neglecta tutoris auctoritate, ſit INVTILIS, ET PRIOR OBLIGATIO PER NOVATIONEM, QVAMVIS NVLLAM ET INVTILEM, SVBLATA SIT, ideoque creditor, neque a priore debitore, qui per nouationem liberatus eſt, rem ſuam poſſit repetere, neque a pupillo, cum quo NVLLITER contraxit, *§. 3. Inſt. quibus modis toll. oblig. l. 1. §. 1. D. de Nouat.*

Ex

Ex eadem iuris regula deſcendunt illa, quae modo de DOLOSA renunciatione ſocietatis diximus, quam CONTRA VOLVNTATEM renunciantis ſocii ita interpretamur, ut ipſi haec noceat, non ſocio, quem ipſe per dolum a ſe liberauit *d. l. 65. §. 3. D. pro ſocio.* In his ſpeciebus creditor et ſocius idem patiuntur, quod canis ille apud Phaedrum,[a] qui

- - - carnem dum ferret natans,
Lympharum in ſpeculo uidit ſimulacrum ſuum,
Aliamque praedam, ab alio ferri putans,
Eripere uoluit, uerum decepta auiditas,
Et, quem tenebat ore, dimiſit cibum,
Nec, quem petebat, potuit adeo attingere.

NOVISSIME ante aliquot menſes ICti Vitembergenſes cauſſam non diſſimilem tractauerunt. Proponebatur, Carſaniam defunctam PACTA DOTALIA cum marito iniiſſe, ius autem uariandi et aliter de rebus ſuis diſponendi ſibi reſeruaſſe, et poſtea condidiſſe teſtamentum, in quo a pactis dotalibus diſceſſerit, et res quasdam haereditarias, marito antea in pactis dotalibus promiſſas, heredibus ſuis reliquiſſe. Heredes ex teſtamento hereditatem petierant a ſuperſtite marito, ſed repulſi erant, quia VITIOSVM erat teſtamentum et, propter defectus quosdam, pro NVLLO atque INFECTO habitum fuerat. Igitur heredes, mutata actione, EX PACTIS DOTALIBVS illa petenda eſſe cenſuerunt, quae in pactis illis, ante teſtamentum initis, non marito, ſed heredibus uxoris aſſignata erant. Ordo noſter quidem etiam ab hac actione heredes depulit, et iuſſit illos ſecundum Statuta loci ſuccedere, cum pacta dotalia, reſeruato iure uariandi, per teſtamentum ſubſequutum, quamuis hoc NVLLVM et IMPERFECTVM fuerit, REVOCATA ESSE CENSEANTVR, ideoque neque ex pactis dotalibus, neque ex teſtamento, agi poſſit.

IGI-

[a] Phaedrus I. Fab. 4.

IGITVR teſtamentum illud NVLLVM, contra uoluntatem teſtatricis, interpretati ſumus, ut heredes non ſolum ex teſtamento nihil acciperent, ſed neque ex pactis dotalibus fructum caperent, quem illis ſine dubio teſtatrix reliquiſſet, ſi potuiſſet praeuidere infirmatum iri teſtamentum ſuum. In qua re eandem rationem ſecuti ſumus, qua VLPIANVS et IVSTINIANVS uſi ſunt, *l. 34. pr. D. de Legat. I. et §. 1. Inſt. de Ademtion. Legator. et translat.* Hi enim TRANSLATIONEM legati, neglectis ſolennitatibus, INVTILITER factam, tamen ut ADEMTIONEM LEGATI ualere cenſuerunt; quando quidem, qui rem Titio legatam in Iauolenum transferre uoluit, certe Titio nuda uoluntate efficaciter adimere uoluit legatum, quamuis, propter ſolemnitatem neglectam, ipſa translatio legati per ſe non fructuoſa ſit, ſed inutilis et nulla habeatur. [a] Legatum igitur manebit in hereditate contra uoluntatem teſtatoris, qui Iauoleno proſpicere uoluit, non heredi.

ITAQVE, quae propter ignorantiam Iuris et neglecta ſolennia pro infectis habentur, aut turpiter facta ſunt, tamen aliquando uim quandam et interpretationem accipiunt contra uoluntatem eius, qui negotium ſuſcepit.

NON alienum ab hoc loco eſt, quod POMPONIVS ait, FRVCTVARIVM, qui uſum fructum EXTRANEO CEDAT, NIHIL AGERE, cum ius illud ad perſonam ipſius reſtrictum ſit, ſed PERIRE VSVMFRVCTVM, atque ad proprietarium reuerti *l. 66. D. de Iure dot. vid. l. 15. D. Famil. erciſc.* Vides, ceſſionem, NVLLO IVRE factam, CONTRA VOLVNTATEM CEDENTIS ita accipi, ac ſi cedens RENVNCIAVERIT iuri ſuo, quod LEGE PROHIBENTE in alium transferre uoluit, quamuis ad hunc nihil perueniat ex illa ceſſione. [b] Eodem iure de FEVDI ALIENATIONE ILLICITA ſolemus iudicare. Si enim Vaſallus in alium transferre Feudum uoluerit ſine conſenſu domini directi, NIHIL ad EMTOREM perueniet, cum uenditio CONTRA LEGEM PRO-

a uid. Præſidis Diſſertatio: *Quomodo legatum nuda uoluntate adimatur.*
b Vinn. in Comment. ad §. 3. Inſt. de Vſufruct.

Digitized by Google

PROHIBENTEM facta PRO NVLLA habeatur; sed ipse feudo PRIVABITVR, quasi RENVNCIAVERIT iuri suo per ILLICITAM uenditionem, *II. F. 44. et 55.* quod etiam Germani nostri probauerunt. *Ius Feud. Al. cap. 26. Ius Feud. Sax. art. 19.*[a]

AB eadem iuris regula profectum est, quod MODESTINVS et PAPINIANVS responderunt: si quis rem, alii legatam, postea DONAVERIT uxori, quamuis INVTILIS sit DONATIO, tamen legati reuocationem inutili illa donatione contineri: ut neque uxor, cui donatum est, neque legatarius rem accipiant, sed haec apud heredem maneat contra uoluntatem testatoris *l. 18. et 24. §. 1. D. de Adimend. uel. transfer. legat.* Idem VLPIANO in mentem uenit. Hic enim *l. 6. D. de Reg. Iur.* eum, qui hereditatem in alium transferre uoluerit, negat HEREDEM FIERI VOLVISSE, quia consilium transferendi cum repudiatione hereditatis coniunctum esse uideatur. Igitur nec ipse heres erit, neque ille, ad quem ius suum transferre uoluit, sed successioni ab intestato locus erit CONTRA HEREDIS VOLVNTATEM.

OPPORTVNE idem VLPIANVS alio loco praecipit, eum, qui testamentum tanquam inofficiosum IMPROBE IMPVGNAVERIT, illud amittere, quod ipsi legatum erat in eo testamento. *l. 8. §. 14. D. de inoffic. testam.* Ex quo loco apparet, querelam inofficiosi, quamuis IRRITA fuerit, et quamuis actor uictus fuerit et depulsus a querela, tamen VIM ALIQVAM HABERE, et efficere, ut actor legato suo excludatur, quod non repudiaturus fuisset, si sciuisset, querelam inofficiosi irritam futuram.

SED de his speciebus deinceps locus erit exponendi.

a Struu. S. I. F. cap. 15. §. 11. n. 16.

Digitized by Google

IIII

NEGOTIA QVAE DVOS ACTVS PERFECTOS CONTINENT VNA PARTE INTERDVM VALENT EX ALTERA PARTE INFIRMANTVR QVOD LOCVM HABET ETIAM IN NEGOTIIS QVAE AD IVS PERSONARVM PERTINENT.

ACCEPISTI negotia, quae plenum quidem affectum uoluntatis habent, sed propter legis prohibitionem aut defectum solennitatis et ignorantiam iuris infirmantur. Supereſt, ut de ALIO IMPEDIMENTO uideamus, quod efficit, ut etiam perfecta uoluntas FRVCTVM PLENVM nanciſci nequeat, ſed duntaxat ex parte aliqua ſuſtineatur. Hoc accidit in illis negotiis, QVAE PLVRES ACTVS PERFECTOS CONTINENT, quorum quilibet diuerſam ſubſtantiam deſiderat, ſi uelimus eum ad PLENVM FRVCTVM peruenire. In his igitur, ſi SOLENNIA SVBSTANTIALIA, quae ad unam partem requiruntur, deficiant, ſed obſeruata tamen ſint illa, quae ad alterum actum PERFICIENDVM pertinent, pars poſterior ſuſtinebitur, pars prior NVLLA et IRRITA dicetur. Vt, ecce, ſi quis uelit teſtamentum condere, quod et heredis inſtitutionem et legata continere debeat, ſed quinque teſtes duntaxat teſtamento adhibeat, legata, quaſi ex codicillo et fideicommiſſo, efficaciter petentur, heredis autem inſtitutio infirma eſt; cum haec ſeptem teſtes deſideret, quinque autem ſufficiant ad codicillos, legata et fideicommiſſa.

QVAEDAM igitur negotia plenam quidem uoluntatem habent, ſed pro parte tantum ſuſtinentur, ex altera parte CLAVDICANT, et per impedimentum aliquod iuris INFIRMANTVR. Haec talia, quamuis regantur PERFECTA VOLVNTATE, tamen

IM-

IMPERFECTA ſunt, et pro parte quidem NVLLA atque IRRITA dicuntur, neque uero PRORSVS INFRVCTVOSA ſunt, ſed utilitatem aliquam pariunt, FRVCTV autem PLENO, quem contrahentes ſibi propoſuerant, deſtituuntur. Vix locus eſt dubitationi, quin haec negotia claudicantia poſſint NVLLA et IMPERFECTA appellari. M. TVLLIVS enim illud demum PERFECTVM dicit, quod EXPLETVM eſt, [a] et omnibus numeris ABSOLVTVM, [b] et cui NIHIL ADDI POSSE uideatur. [c]

IGITVR imperfectum eſt, quod ex parte aliqua claudicat, et cui aliquid deeſt ad pleniſſimam utilitatem. Sed haec IMPERFECTA etiam NVLLA appellantur, quia non implent auctoris ſui uoluntatem. *§. 7. Inſt. Quibus mod. teſtam. infirm.* Operae pretium fuerit inueſtigare, quem fructum et effectum ex negotio IMPERFECTO expectare poſſe uideamur. At uero in negotiis quidem, quae ad ius PERSONARVM et FAMILIAE referuntur, quamuis haec, maxime propter ſacrorum perturbationem, multas ſolennitates deſiderauerint, tamen liberales fuerunt Architecti legum Romanarum, ut, ſi haec negotia PLVRES ACTVS PERFECTOS CONTINERENT, ipſa quidem ſubſiſtere iudicarentur ex illa parte, QVAE NVLLAM SOLENNITATEM DESIDERAT, quamuis pars altera, propter defectum ſolennitatis, infirmetur. Bene enim apud CATONEM ſcriptum eſſe refert antiquitas, eum ſeruum, quem dominus, actis interuenientibus, FILIVM SVVM NOMINAVERAT, LIBERVM fieri, licet ei hoc ad ius filii accipiendum non ſufficiat. *§. 12 Inſt. de Adoption.*

HABES negotium, quod duos actus perfectos continet. Dominus enim ſeruum ſuum ADOPTARE in locum filii uoluerat, adeoque etiam LIBERTATEM ipſi DARE non detrectauerat,

a Cic II. de Fin. c. 15.

b Cic. I. de Orat. 28. et II. de Natur. Deor. 13.

c Cic. in Orat. cap. 1.

cum nemo iura filii et familiae consequi possit, nisi qui libertate sit donatus. Prior actus ADOPTIONIS inutilis et nullus uidebatur, quia seruum duntaxat NOMINAVERAT filium suum, quod ad obtinendum ius filii, nulla solennitate adhibita, non sufficiebat. *l. 13. 14. C. de Probat.* Sed secius de parte posteriore illius actus iudicabimus, qua testator, cum seruum filium esse uellet, etiam libertatem illi dare uoluisse censetur. Nimirum LIBERTATIS DATIO, cum NVDAM VOLVNTATEM, nulla autem solennia, desideret, SOLA NOMINATIONE FILII continebatur. *l. un. §. 1. et 2. C. de Lat. libert. tollend.*

IGITVR appellatio filii non habet uim adoptionis, sed ualet ut manumissio, sine qua seruus adoptari non potest. Opportune enim PAVLLVS et VLPIANVS monuerunt, eum, qui PLVS possit et uelit, etiam MINVS posse, et uoluntate sua comprehendere, cum semper sub maiori etiam minus contineri uideatur. *l. 21. 26. 110. pr. 163. 165. D. de Reg. iur.*

GENERALITER igitur, si actu principali et maiori minus aliquod comprehendatur, quod omnibus numeris suis perfectum et absolutum est, hoc MINVS fructu et effectu non destituitur, quamuis PRINCIPALIS actus plenam substantiam non habeat, et propter defectum solennitatum, aut alia ex caussa, infirmetur. *l. 11. in fin. D. de Liber. et posthum.* Vnum duntaxat admonemus, si minor actus speciatim exceptus sit, ne sub actu principali comprehendatur, aut si conditio adiecta sit, ut ne minus quidem ualeat, nisi maius et principale negotium subsistat, tunc neutrum efficaciter allegari. *l. 7. §. 3. de Reb. eor. qui sub tut.*

IN ceteris igitur speciebus, nisi aliud actum fuerit, sub maiori actu, qui solennitatem desiderat, etiam minor comprehenditur, cuius substantia salua est, quamuis principalis actus nullus et irritus dicatur. Sed res disputatione uix indigeret, nisi PAVLLVS noster turbas daret, et sibi ipsi contrarius esse uide-

uideretur in hoc argumento. Idem, inquam, ille PAVLLVS, qui antea in maiori ſemper etiam minus ineſſe dixerat. *l. 110. D. de Reg. Iur.* mox, mutata ratione; praecipit, ſi principalis cauſſa non ſubſiſtat, ne EA quidem VALERE, QVAE SEQVANTVR. *l. 129 et 178. D. de Reg. Iur.* Videtur igitur PAVLLVS omnino infructuoſum iudicare negotium, in quo cauſſa principalis non ſubſiſtat. Sed certius eſt, PAVLLVM non locutum eſſe de negotiis duobus perfectis et ſeparatis, quae uno actu continentur, ſed de his duntaxat, QVAE ſequuntur, tanquam EFFECTVS et INSTRVMENTA cauſſae principalis. Effectus enim et inſtrumenta corruunt, ſi cauſſa deficiat, ex qua effectus dependet, et propter quam media et inſtrumenta comparantur. Secius igitur iudicandum, ſi uno actu duo negotia perfecta et ſeparata, quorum utrumque per ſe uim ſuam habere et ſubſiſtere poteſt, comprehenſa fuerint. In his enim regulam iuris ſequimur; quod VTILE per INVTILE non uitietur, et quod ſub MAIORI MINVS etiam intelligatur.

IGITVR negotium principale inutile uim tamen negotii minus principalis, ſub eo comprehenſi, ſine dubio habebit, ſi modo ſolemnia minus principalis negotii ſalua ſint, et perfectam oſtendant uoluntatem. Quare efficitur, ut etiam adoptio inutilis, prout docuimus, ualeat tanquam manumiſſio, quae nullius ſolennitatis indiget, atque ipſa adoptione continetur. Non diſſimilem ſpeciem tractauit PAVLLVS *l. 132. D. de Verbor. Oblig.* in qua quis filium alterius absque ſolennitate hac formula ſuſceperat: SE EVM NON ALITER QVAM FILIVM OBSERVATVRVM ESSE, et poenam ſtipulationi adiecerat, quam oluturus eſſet, ſi ipſe deſereret officium parentis. Hac enim ſtipulatione, quamuis ius filii non acquiratur, ideoque haec adoptio nulla ſit, hoc tamen efficitur, ut filius, ita ſuſceptus et NVLLITER adoptatus, temere domo expelli aut exheredari et excludi emolumentis filii non poſſe uideatur. Et hoc quidem iure utimur, ſi ad ſtatum perſonarum pertineat negotium ſuſceptum.

V

NEGOTIA QVAE AD IVS RERVM PERTINENT INPRIMIS VLTIMAE VOLVNTATES ET VSVCAPIONIS TITVLVS EX PARTE INTERDVM VALENT SI PARS QVAEDAM SIT PERFECTA.

Supereſt, ut de IVRE RERVM exponamus, et inprimis de VLTIMIS VOLVNTATIBVS et de uſucapione, cuius beneficio contendimus ad ius reale conſequendum. Non ero uerboſus in re manifeſta. Superiori enim capite comprobatum eſt, in ambiguo eam interpretationem eligendam eſſe, cuius ope res potius SVSTINEATVR quam infirmetur *l. 12. et 24. D. de Reb. dub.* Non attingam, quae de CLAVSVLA CODICILLARI a multis copioſe tradita ſunt. [a] Conſtat enim inter omnes, illam efficere, ut teſtamentum, detracta quarta Trebellianica, ualeat ut codicillus ab inteſtato, uel ut fideicommiſſum, quamuis deficiant ſolennitates teſtamenti; dummodo illa non neglecta ſint, quae ad formam ſubſtantialem codicilli et fideicommiſſi requiruntur. Vnum VLPIANVS monet, quod teſtamentum non ualeat ut codicillus, ſi teſtator NON VOLVERIT ſupremum iudicium ſuum ualere iure codicilli *l. 1. D. de Iur. Codicillor.* Sed in dubio, ut diximus, praeſumitur enixa uoluntas teſtatoris, ut quacunque ratione ualeat omnino teſtamentum. Igitur VLPIANVM *in lege 1. de Iure codicillorum* de illa ſpecie duntaxat interpretor, ſi teſtator expreſſe et luculenter declarauerit, quod nolit omnino ſucceſſores ab inteſtato hereditatem ſuam attingere, cum hoc neceſſario fieret, ſi teſtamentum ualeret iure codicilli.

SED omittere non poſſum, quod SCAEVOLA *l. 76. D. ad SCtum Trebel.* tractauit. Ait enim, ſi pater filio heredi inſtituto PVPILLARITER SVBSTITVERIT in codicillis, inutilem

[a] Struu. S. I. C. Exercit. 34. §. 61. ſeq.

lem quidem esse sustitutionem, cum pupillaris substituto septem testes desideret et omnem solennitatem perfecti testamenti; tamen benigna interpretatione receptum esse, ut hereditas substituto, QVASI EX FIDEICOMMISSO, debeatur. Ex hoc loco enim intelligitur, substitutionem INVTILEM, ut omnia testamenta IMPERFECTA, non prorsus uim suam perdere, si forma substantialis fideicommissi non neglecta sit in suprema testatoris voluntate.

SED maxime in LEGATORVM interpretatione obtinuit, ut, quamuis imperfecta, benignius accipiantur, ne pereat beneficium a testatore liberaliter relictum. Eo pertinet, quod si legatum sit Sempronio amico, et plures sint Sempronii amici, legatum illi relictum censeatur, qui maiore caritate et iure familiaritatis arctiori cum testatore coniunctus fuerit, quamuis imperfecta sint uerba testatoris *l. 10 pr. D. de Reb. dub.* Magis meretur obseruari, quod heres, qui iussus sit REM ALIENAM REDIMERE et legatario praestare, si redimere nequeat, AESTIMATIONEM seu PRETIVM illius rei legatario praestare teneatur; cum appareat, testatorem, dum rem alienam redimi uoluit, quamuis redemtio sit impossibilis, tamen uoluisse pretium seu rem eiusdem pretii ad legatarium omnino peruenire. Hoc enim GAIVS noster docet *l. 14. §. 2. D. de Leg. III.* Dicemus igitur, legatum, cuius praestatio IMPOSSIBILIS EST, per se quidem infirmum atque nullum esse, sed eatenus tamen ualere, quatenus sub MAIORI legato etiam MINVS continetur. Cum itaque aestimatio sit res minor quam ipsa res legato comprehensa, tamen minus illud, hoc est, aestimatio, debebitur, ut ita satis fiat uoluntati testatoris. [a]

GENERALITER IVSTINIANVS, mentem testatoris inspiciendam esse, ait, non haerendum esse in uerbis, ut ne uitium quidem TABELLIONIS heredi aut legatario noceat, si constet de mente testatoris *l. 24. C. de Testam. et quemadm.*

QVAE

[a] vid. Praesidis Dissert. *de Legato tacito et implicito.*

QVAE cum ita sint, fauemus negotiis etiam IMPERFECTIS, per quae dominium uel ius reale alicui acquiri debet, si illa possint interpretatione sustineri. Opportune HERMOGENIANVS, legatum etiam non iure relictum, ait, VSVCAPI POSSE pro legato, si bona fide res fuerit possessa, quamuis ex titulo inutilis legati. *l. 9 D. pro Legato.* Hanc rationem semper uidetur secutus esse HERMOGENIANVS in definiendo iure VSVCAPIONIS, ut sufficiat quoque titulus imperfectus, in quo perfectum aliquid contineatur. Igitur, quamuis uenditio, DONATIONIS CAVSSA facta, non sit uera uenditio, tamen, si res tradita fuerit, ex HERMOGENIANI sententia quasi donata usucapietur *l. 6. D. pro Donato.* Quandoquidem enim, qui donationis caussa uendidit, tacite donauit, et rem gratis ad alterum peruenire uoluit; ad usucapionem sufficere uisa est donatio implicita, quae uenditione illa tacite comprehenditur. Sed de hoc argumento capite proximo trademus.

Discedam ab hoc loco, si de testamento PARENTVM NVLLO et INOFFICIOSO aliquid addidero, quod antea adiicere uolebam. Videlicet constat inter omnes, HEREDIS INSTITVTIONEM esse FVNDAMENTVM totius testamenti, quo sublapso, necesse est, omnia ACCESSORIA supremae uoluntatis corruere et INFIRMARI. Igitur, si per querelam nullitatis aut inofficiosi testamenti heredis institutio rescissa fuerit, subtili iure non solum heredis institutio, sed totum etiam testamentum quasi CADVCVM et NVLLVM uim suam perderet, ut ne legata quidem deberentur. Sed Imperatoris benignitas effecit, ut legata nihil ominus consistant, quia ad officium liberorum pertineat, ut exsoluant legata; modo constiterit de PERFECTA et ENIXA uoluntate testatoris, *Nou. 115. cap. 3. seq.*

Digitized by Google

VI

ETIAM INTER VIVOS NEGOTIA QVAE CONSENSVM PARTIVM DESIDERANT SVBSISTVNT QVAMVIS IMPERFECTA SINT DVMMODO ALIQVID PERFECTI CONTINEANT IDEM IN CONTRACTIBVS IMAGINARIIS ET IVRE FORMVLARIO OBSERVATVR PRAESCRIPTIO PER CITATIONEM INTERRVMPITVR QVAMVIS LIBELLVS SIT INEPTVS.

SATIS diximus de SVPREMA VOLVNTATE, sed magis interest, ut de negotiis INTER VIVOS diligentius disputiamus. Mortui enim illi facile ignoscent nobis, si quid praeter illorum uoluntatem, cuius fructus ad ipsos non pertinet, constituamus, et heredes, qui ex aruis alienis messem capiunt, etiam modico lucro contenti esse possunt, quamuis minus, ac testator uoluerit, ex obscuro eius testamento consequantur. Sed INTER VIVOS magis refert, ut negotia subsistant, de quorum prouentu ipsi gaudere possunt et ex quibus ipsi fructum aliquem utilitatis capiunt. Igitur haec quoque, quae INTER VIVOS gesta sunt, interpretatione, si fieri hoc possit, sustinemus atque confirmamus, ne prorsus irrita et caduca uideantur. Et primo quidem DECIVS ex PAPINIANI *Responsis* obseruauit, possessionem rerum donatarum efficaciter infantibus tradi posse. Quamuis enim possessio, non solum corpore, sed etiam ANIMO acquiri debeat, infans autem non habeat plenum ANIMI AFFECTVM; *l. 3. C. de acquir. uel retin. poss.* uisum tamen est sufficere, quod infantes plerumque malint rem, quam non intelligunt, habere quam amittere, qua uoluntate, quamuis imperfecta, uidentur acquirere possessionem.

SED maxime in CONTRAHENDIS NEGOTIIS iuris interpretes aliquid fragilitati dandum esse censuerunt, ut etiam imperfecta negotia, quae tota et integra non subsistunt, ex parte illa, quae PERFECTAM SVBSTANTIAM accepit, ita subleuentur, ne NIHIL ACTVM esse uideatur. Res erit luculentior in exemplis. Igitur pauca attingemus. Et primo quidem, licet expeditum sit, quod nihil magis consensum perturbet, quam VIS et ERROR; tamen ne ERROREM quidem prorsus infirmare negotia placuit. Valet enim emtio, si de CORPORE uendito et de GENERE MATERIAE consentiamus, licet in QVALITATE SPECIALI materiae fuerit erratum. Ita PAVLLVS rem definit *l. 21. §. 2. D. de Act. emt. et uendit.* sed subtili quidem iure, quoties ERROR in quacunque parte interuenerit, negotium deberet infirmari, quod VLPIANVS ex MARCELLO monuit *l. 9. D. de Contrahend. emt.* Enim uero, si in praecipuis partibus uere consensimus, obtinuit, contractum sustineri, et errorem actione emti atque praestatione eius, quod interest, corrigi, nisi ipse emtor, ob insignem errorem, malit discedere ab emtione *l. 11. §. 5. D. de Act. emti, et uendit.*

IMO uero longius processit benignitas interpretationis, ut sustineamus negotium, quamuis in IPSA SPECIE CONTRACTVS dissentiant illi, qui negotium susceperunt, modo in idem GENVS CONTRACTVS consensisse uideantur. Eleganter IVLIANVS hoc tractauit in illa specie, si quis nummos Titio dederit ANIMO DONANDI, sed TITIVS mox illos redditurus QVASI MVTVOS acceperit, adeoque non conuenerit inter partes, ex qua causa nummi, ex mutuo an ex donatione, ad Titium translati sint. Sed IVLIANVS ait, dominium nummorum ad Titium transiisse, cum partes consenserint in GENERE contractus. *l. 36. D. de Acquir. rer. dom.* Vterque enim in eo conueniunt, quod nummi liberaliter ex CONTRACTV BENEFICO ad Titium peruenire debeant, ex mutuo uel ex donato; quapropter non infirmum est negotium, quamuis illud subtili iure impugnari posse arbitretur VLPIANVS. *l. 18. D. de Reb. cred.*

Digitized by Google

credit. Sed de hoc argumento alio loco copioſius expoſui. [a]

EODEM pertinet, quod NOVATIO debiti, quamuis inutiliter facta et uitioſa ſit, LIBERATIONEM prioris debitoris continere uideatur, quod ſupra obſeruatum eſt ex §. 3. *Inſtit. quibus mod. tollit. oblig.* Nimirum poſſumus etiam inuitum et ignorantem NVDA VOLVNTATE liberare. *l. 53. D. de ſolut.* Sed qui NOVARE uult, id agit, ut priorem obligationem dimittat, nouam conſtituat. Igitur, quanquam noua obligatio ſit irrita, tamen ualebit ut remiſſio debiti prioris, quae perfecta eſt, et nuda uoluntate fieri poteſt, atque ipſa nouatione continetur. Debitor ergo prior liberatur, niſi Praetor interueniat ex ſingulari cauſſa aequitatis.

DE CESSIONE VSVSFRVCTVS antea diximus, quod NVLLA ſit, ſi extraneo cedatur; ſed, quia tamen ceſſio illa RENVNCIATIONEM uſusfructus continet, quae ſemper permiſſa eſt fructuario, ceſſio uſusfructus VT RENVNCIATIO ualebit, quare uſusfructus redibit ad dominum proprietatis. *l. 15. D. Fam. erciſc.* Sed de CESSIONE ACTIONIS et HYPOTHECAE iudicialis interdum acrius diſputatum eſt. Haec enim ceſſio nominis proprie eſt VENDITIO, continet autem etiam MANDATVM, quandoquidem ceſſionarius, VT PROCVRATOR IN REM SVAM, non proprio, ſed CEDENTIS, NOMINE agit, adeoque easdem exceptiones timere debet, quae cedenti efficaciter opponi poſſent. *l. 66. §. 2. D. de Euict.* Imo uero iure Saxonico Electorali ſapientiſſime conſtitutum eſt, ut, ſi ceſſionarius ex iure ceſſo agat, non ſolum ipſi, ſed etiam cedenti, in eadem lite iuramentum deferri poſſit, quaſi ipſe cedens litem inſtituerit per procuratorem ſuum. *Ord. Proc. Sax. Recogn. Tit. 18. §. 6.* At uero, ut diximus, res illa aliquando in controuerſiam adducta eſt, an ceſſione hypothecae iudicialis inutili mandatum etiam contineatur

a uid. Praeſidis diſſertatio: *de proprietate rei donatae ad eum, qui quaſi mutuam accepit, tranſeunte.*

tur. Extraneus quidam creditor, iurisperitiſſimus, ſed Iuris Saxonici immemor, fratri ſuo hypothecam iudicialem priuatim ceſſerat, hoc conſilio, ut frater per Aduocatum ſuum debitum peteret et exigeret a debitore, utque ambages mandati ſpecialis euitaret. Vere ſuberat mandatum, quod ex uerbis, ut frater debitum NOMINE CEDENTIS exigeret, et ſolle die Schuld an ſeine Statt eintreiben, luculenter apparebat. Sed ceſſio hypothecae NVLLA ERAT, cum haec quidem absque iudicis confirmatione non ſubſiſtat: quod in Saxonia Electorali lege ſpeciali cautum eſt. *Ord. Proc. Sax. Rec. Tit. 46. § 2.* Interim debitor facultatibus lapſus conturbauerat. Orto CONCVRSV CREDITORVM, ceſſionarius petebat debitum in termino liquidationis, quem dicunt. Curator litis excipiebat, CESSIONEM PRIVATIM FACTAM OMNINO NVLLAM ESSE, hinc nec ceſſionario hypothecam competere, neque cedenti, qui iuri ſuo renunciauerit per inutilem ceſſionem hypothecae, et qui ipſe certe debitum per mandatarium petere debuiſſet in termino liquidationis, in quo omnes creditores ſub POENA PRAECLVSI adeſſe iuſſi erant. Ceſſionarius replicabat, HAC CESSIONE MANDATVM CONTINERI, et, quamuis ceſſio nulla ſit propter defectum confirmationis, tamen hanc ceſſionem ualere VT MANDATVM, quod nullam confirmationem iudicis requirat. Res in ambiguum adducebatur. Enim uero, ſi EX IVRE COMMVNI reſpondeamus, niſi aliud LEGE PROVINCIALI cautum ſit, certius eſt, hanc CESSIONEM VALERE VT MANDATVM, et rem ita accipiendam eſſe, ac ſi creditor cedens ipſe per mandatarium hypothecam ſuam allegauerit in termino liquidationis, ne iure ſuo excludatur. Eſt enim poena priuationis odioſa, neque, niſi ſpeciatim ipſi legi adiecta ſit, locum inuenire ſolet. Non obſtat, quod FRVCTVARIVS ius ſuum AMITTAT, ſi extraneo cedat uſumfructum. Nimirum fructuarius, dum uſumfructum extraneo cedit, ALIAM PERSONAM in locum ſuum SVBSTITVIT CVM INCOMMODO domini proprietatis; cum ſubſtitutus, integer forte et adoleſcens, diutius

tius uſumfructum usque ad mortem ſuam retinere poſſit, quam primus fructuarius ſenex et infirmus. Igitur amittitur uſusfructus per ceſſionem inutilem, ne dominus incommodo afficiatur. At uero, per ceſſionem hypothecae priuatam, conditio debitoris NON FIT DETERIOR, cum eaedem ceſſionario exceptiones opponi poſſint, quae cedenti obſtant. Quare, ſi nihil in fraudem legis geſtum ſit, facilius toleramus ceſſionem hypothecae quam uſusfructus, et poenam priuationis certe remittimus in negotio, quod fauorem aliquem meretur. In hac ſpecie igitur CESSIO hypothecae INVTILIS VALEBIT VT MANDATVM.

EODEM iure utimur in TRANSACTIONIBVS, quae iure ſubtili tunc demum uim ſuam habent, ſi DE RE DVBIA fuerit transactum. *l. 1. D. de Tranſact.* Qua re efficitur, ut de RE IVDICATA proprie tranſigere nequeamus; quandoquidem res iudicata tollit DVBITATIONEM et CERTVM ALIQVID definit. *l. 32. C. de Tranſact.* Sed licet tamen uictori MINVS ACCIPERE, quam ipſi adiudicatum erat. Igitur, ſi uictor tranſegerit cum uicto, ut MINVS SOLVATVR, PARTEM debiti REMISISSE cenſebitur, et tranſactio inutilis ualebit ut PACTVM REMISSORIVM, quod TRANSACTIONE illa CONTINETVR et ſemper permiſſum eſt modeſto creditori.

RESPLUS difficultatis habet in NVDIS et IMAGINARIIS CONTRACTIBVS, ueluti, cum quis rem VENDIT pretio conſtituto, ſed illud pretium ſe non exacturum eſſe promittit ANIMO DONANDI. Conſtat, VENDITIONEM NVLLAM eſſe, cum SVBSTANTIA huius contractus requirat, ut res PRO PRETIO uendatur, et PAVLLVS doceat, rem nequidem ALIENARI PER IMAGINARIAM VENDITIONEM *l. 55. D. de Contrah. emt.* Poſſit igitur dubitari, an non hac uenditione, quamuis INVTILI, DONATIO contineatur quae ſine pretio conſtituto perfecta eſt. Certius uidetur, ſi nihil in fraudem legis geſtum ſit, uenditorem pretium

tium exigere non posse, cum exceptione REMISSIONIS submoueri queat. Appositе enim HERMOGENIANVS monet: *l. 6. D. pro donato*, DONATIONIS CAVSSA facta uenditione, non pro emto, sed pro DONATO rem traditam VSVCAPI. Quae cum ita sint, donatio continebitur imaginaria uenditione. Tolerabantur hi contractus iure ueteri in emancipatione liberorum, in testamentis per aes et libram, in dotis constitutione *l. 66. D. de iure dot.* et quoties aequitas illud suggerebat. Nos quoque in Geradae et Heergeuuettae uenditione, propter summum huius negotii fauorem, non adeo scrupulosi sumus, quamuis uenditio illa imaginaria esse uideatur. Ausim igitur affirmare, PAVLLVM in *l. 55. D. de Contrab. emt.* in qua prorsus damnat nudam et imaginariam uenditionem, de illa specie intelligendum esse, si negotium in fraudem legis susceptum fuerit, aut si partes non VERE CONSENSERINT in donationem, sed NIHIL AGERE et nugari uoluerint imaginaria uenditione. Secus igitur iudicandum est, si CONVENERIT inter partes, ut sit donatio, et donator solo pallio atque inani titulo imaginariae uenditionis rem texerit, forte ne heredes eius indignentur, si uideant sibi aliquid eripi aperta et explicita donatione.

NON absimile est illud, quod PROMISSIO FACTI ALIENI REM IMPOSSIBILEM contineat, adeoque INVTILIS esse uideatur, sed, si tamen POENA CONVENTIONALIS, cuius promissio PER SE PERFECTA est, huic stipulationi adiecta sit, poena peti possit ex INVTILI CONTRACTV, qui duas promissiones, alteram facti alieni inutilem, alteram efficacem poenae stipulationem continet, § 28. *Instit. de inutil. stipulat.*

HOC igitur iure in contractibus utimur, ut etiam inutile negotium ualeat, quod duplicem actum, alterum imperfectum, alterum perfectum, continet, ut ex parte perfecta fructus aliquis sperari possit. De IVRE FORMVLARIO, quod alias subtile et scrupulosum est, tribus uerbis aliquid monebo. Constat, in CRIMINALI iudicio, et quoties de poena delicti quaeritur,

LEV-

LEVTERATIONEM non admitti. Sed Leuteratio tamen continet ſpeciem DEFENSIONIS, quae permiſſa eſt in quaeſtione delictorum. Saepe reorum Aduocati contra ſententias, in quibus non ſolum cauſſa ciuilis deciſa eſt, ſed etiam POENA delicti reis irrogata, LEVTERATIONIS REMEDIO utuntur, etiam ut poena MITIGETVR. Et obtinent mitigationem poenae, ſi argumenta grauia adducant; eum Leuteratio, quantum ad delicti poenam attinet, pro defenſione accipienda ſit, quae nunquam fere reis denegatur.

EXTREMO de LIBELLO INEPTO conſtat, illum, quaſi nunquam prolatus fuerit, pro NVLLO et INVTILI haberi, neque efficere, ut IVS PRAEVENTIONIS aut LITIS PENDENTIS allegari poſſit, quamuis iudex reum citauerit, ut reſpondeat ad ineptum et inutilem libellum. Sed INEPTO etiam libello actor declarat ANIMVM PERSEQVENDI IVS SVVM IN IVDICIO, et ſufficit ad PRAESCRIPTIONIS INTERRVPTIONEM INTERPELLATIO IVDICIALIS, qua ſerio teſtamur, nos ius noſtrum dimittere omnino noluiſſe, quamuis igitur libellus ineptus uim libelli plenam non habeat, tamen PRAESCRIPTIO per illum INTERRVMPETVR, ſi aduerſarius citatus fuerit a Magiſtratu. Sapientiſſime enim in Saxoniae Electoratu conſtitutum: Wann auch ſchon die Klage angebrachter maſſen verworffen worden, ſoll dennoch die vorher ergangene Citation EFFECTVM INTERRVMPENDAE PRAESCRIPTIONIS, keines weges aber praeuentionis et litis pendentiae, haben, *Ord. Proc. Saxon. Rec. Tit. 5. §. 4.*

HAEC igitur, de quibus adhuc diſputauimus, uim quidem aliquam exerunt et fructum pariunt, ſed tamen, ut antea monui, imperfecta atque etiam NVLLA appellantur, quia non EXPLENT conſilium illius, qui negotium ſuſcepit. Elegantiſſime VELLEIVS PATERCVLVS[a] M. Antonium de caede Ciceronis fruſtra ſibi plaudentem hac formula deridet: „NIHIL EGISTI, M. Anto-

[a] Velleius Paterculus Hiſtoriar. Rom. Lib. II. cap. 66.

Digitized by Google

„Antoni, NIHIL, inquam, EGISTI, mercedem coeleſtiſſimi „oris et clariſſimi capitis abſciſſi numerando. RAPVISTI tu „M. Ciceroni lucem ſolicitam et aetatem ſenilem et uitam „miſeriorem te principe, quam ſub te triumuiro mortem: „famam uero gloriamque factorum atque dictorum adeo NON „ABSTVLISTI, VT AVXERIS. Viuit, uiuetque per omnem ſe„culorum memoriam, omnisque poſteritas illius in te ſcripta „mirabitur, tuum in eum factum execrabitur, citiusque mundo „genus hominum, quam laûs eius, cadet. „

SED haec quidem de fructu et effectu negotii inutilis et imperfecti in mentem uenerunt. Plura addere non uacat.

Digitized by Google